

Ein Streitgespräch zwischen MATTHIAS FRIEHE und DANA-SOPHIA VALENTINER

Die „Ehe für alle“ hat auch innerhalb der JuWiss-Redaktion für viele Diskussionen gesorgt. Auf einen Beitrag von Matthias Friehe sind inzwischen zwei Repliken von Timo Schwander sowie von Dana-Sophia Valentiner und Valérie Suhr erschienen. In den Kommentaren gingen die Diskussionen weiter. Zeit, die Dinge noch einmal zu ordnen. Mit einem Streitgespräch zu vier Kernthesen versuchen wir, den unterschiedlichen Positionen auf den Grund zu gehen:



These 1: Wenn die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten bleibt, werden Homosexuelle diskriminiert.

RICHTIG, sagt DANA VALENTINER: Die herkömmliche Ehe steht gleichgeschlechtlichen Paaren – bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, mit welchem frühestens zum 1. Oktober 2017 zu rechnen ist – nicht offen. Für gleichgeschlechtliche Paare wurde 2001 das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft eingeführt. Unterschiedliche Behandlungen der beiden Institute wurden insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (u.a. zum beamtenrechtlichen Familienzuschlag und zum Ehegattensplitting) nach und nach aufgegeben. Das Bundesverfassungsgericht ging in diesen Fällen von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung auf Grund der sexuellen Orientierung und damit einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aus. Zwar knüpften die jeweils in Streit stehenden Vorschriften nicht unmittelbar an die sexuelle Orientierung an, aber die Ungleichbehandlungen betrafen mittelbar überwiegend homosexuelle Personen. Diese Argumentation des Bundesverfassungsgerichts bezog sich auf die Ungleichbehandlung der beiden Institute Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft. Lässt sie sich auf den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe übertragen? In einer Kammerentscheidung machte das Bundesverfassungsgericht bereits 1993 deutlich, dass der verfassungsrechtliche Ehebegriff durch einen „grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, dass der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende

Bedeutung mehr zukäme“ durchaus veränderlich sei. Geht man davon aus, dass ein solcher Wandel zwischenzeitlich eingetreten ist, der laut Hong zum Anwachsen des Schutzniveaus des Art. 6 Abs. 1 GG führt, schlägt dies auch auf die Bewertung der gleichheitsrechtlichen Frage durch und stützt die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1, ggf. in Verbindung mit Abs. 3 GG und einer damit verbundenen Diskriminierung homosexueller Menschen. Jedenfalls liegt eine Diskriminierung darin, dass die gemeinsame Adoption durch eingetragene Lebenspartner*innen – anders als durch Ehepaare – immer noch nicht möglich ist.

FALSCH, sagt MATTHIAS FRIEHE: Nicht jedwede Ungleichbehandlung ist Diskriminierung. Der Gleichheitssatz gebietet, gleiches gleich und ungleiches ungleich zu behandeln. Ein wesentlicher Unterschied zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften liegt darin, dass nur bei verschiedengeschlechtlichem Sex Kinder gezeugt werden. Anders als die gleichgeschlechtliche „Ehe“ ist die verschiedengeschlechtliche Ehe daher von vornherein darauf angelegt, dass Kinder in die Ehe geboren werden. Die Ehe ist daher nicht nur Ausdruck von Verantwortung und Verlässlichkeit der Ehegatten untereinander, sondern zugleich Schutzraum für die Geburt und Erziehung der gemeinsamen Kinder. Zu Recht hat daher das Bundesverfassungsgericht in mehreren Senatsentscheidungen der letzten Zeit (zuletzt 2013) am Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit für die Ehe festgehalten.

These 2: Es ist genug Ehe für alle da – niemandem wird durch die „Ehe für alle“ etwas weggenommen.

RICHTIG, sagt DANA VALENTINER: Die Öffnung der Ehe führt dazu, dass mehr Menschen als bisher die institutionelle Verbindung der Ehe mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten eingehen können. Aus den Rechten resultieren keine unmittelbaren Nachteile für andere Personen. Zwar gibt es im Familienrecht mit § 1592 Nr. 1 BGB eine Vorschrift, die aus der Institution der Ehe für die mit einer Gebärenden verheiratete Person unmittelbar die rechtliche Stellung eines Elternteils ableitet. Diese Vorschrift baut entstehungsgeschichtlich auf der Vermutung der auch leiblichen Elternschaft. Sie orientiert sich aber auch am Kindeswohl. Dem Kind wird durch die Wirkung der Regelung ein weiterer Elternteil zur Seite gestellt, gegenüber welchem sorge-, familien- und erbrechtliche Ansprüche bestehen. Für einen biologischen Erzeuger, der nicht mit der Mutter verheiratet ist, macht es keinen Unterschied, ob diese zum Zeitpunkt der Geburt mit einem Mann oder einer Frau verheiratet ist. Das heißt nicht, dass man nicht über die Stellung biologischer, sozialer und rechtlicher Eltern diskutieren kann und sollte – die vielfältigen Interessen resultieren aber nicht aus der „Ehe für alle“.

FALSCH, sagt MATTHIAS FRIEHE: Das Alles-muss-gleich-sein-Narrativ der Ehe-für-alle-Bewegung verschiebt die familienpolitische Debatte fundamental. Das zeigen bereits die zu meinem Beitrag erschienen Repliken: Beide befassen sich mit der von mir aufgeworfene Frage, wie die gesetzliche Vaterschaft des Ehemanns der Mutter (§ 1592 Nr. 1 BGB) in einer gleichgeschlechtlichen „Ehe“ funktionieren könne. *Timo Schwander* schlägt vor, die gesetzliche Vaterschaft des Ehemanns – wohlgemerkt in der heterosexuellen Ehe (!) – abzuschaffen. Die Folge: Ehemänner müssten ihre Vaterschaft für jedes gemeinsame Kind einzeln auf dem Standesamt anerkennen. Brennt der Ehemann vor der Anerkennung mit einer anderen Frau durch, muss die Mutter zunächst die Vaterschaft gerichtlich feststellen

lassen, bevor der Vater zum Kindesunterhalt herangezogen werden kann. *Dana Valentiner* und *Valérie Suhr* wählen den umgekehrten Weg vor und wollen die gesetzliche Vaterschaft im Sinne einer gesetzlichen Zweitmutterschaft der lesbischen „Ehefrau“ analog anwenden. Die Folge: Der biologische Vater wäre von der rechtlichen Vaterschaft ausgeschlossen. Zum ersten Mal würde das BGB eine Abstammungsregel etablieren, die als Regel – nicht als Ausnahme – biologische und rechtliche Elternschaft trennt.

Gemeinsam ist beiden Argumentation: Die Ehe für alle muss um jeden Preis für alle gleich sein – damit keine biologischen Unterschiede sichtbar bleiben. Passt eine seit Einführung des BGB selbstverständliche Abstammungsregel nicht auf gleichgeschlechtliche Paare, wird sie dogmatisch in ihr Gegenteil verkehrt (rechtliche Elternschaft nicht für, sondern gegen das vermutliche biologische Elternteil) oder gleich ganz abgeschafft. Nicht ein Wort verschwenden die genannten Beiträge auf die Rechte des Kindes und des biologischen Elternteils. Der absolut gleichen Selbstverwirklichung gleichgeschlechtlicher „Ehen“ wird selbstverständlich der Vorrang vor dem Interesse eines Kindes eingeräumt, dass zum wirklichen Elternteil auch eine rechtliche Kindschaftsbeziehung entsteht und dass umgekehrt keine Kindschaftsbeziehungen zu Personen entstehen, mit denen das Kind nicht wirklich verwandt ist.

These 3: In gleichgeschlechtlichen Partnerschaften stellen sich die gleichen familienrechtlichen Probleme wie in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften: Beides kann zusammen in der „Ehe“ geregelt werden.

RICHTIG, sagt DANA VALENTINER: In einer Ehe geht es in erster Linie um die gegenseitige Unterstützung und Fürsorge der Ehepartner*innen, die in § 1353 Abs. 1 BGB und in weiteren zivilrechtlichen Vorschriften aufgegriffen wird. Darüber hinaus ist die Ausgestaltung des Zusammenlebens mit Kindern geregelt. Das Familienrecht steht seit geraumer Zeit unter Anpassungsdruck, der sich einerseits aus dem gesellschaftlich gewandelten Familienbild (Mehrelternschaft, Patchwork-Familien, usw.) und andererseits aus den technischen Möglichkeiten im Bereich der Reproduktion (In-vitro-Fertilisation, Samenspende, auch: Leihmutterschaft) ergibt. Die daraus resultierenden Herausforderungen betreffen gleichgeschlechtliche Paare nicht in anderer Weise als verschiedengeschlechtliche Paare, auch wenn sie vielleicht in der einen Konstellation praktisch häufiger vorkommen mögen. Verschiedengeschlechtliche Paare können auf Reproduktionsmedizin angewiesen sein (und sind bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Kostenübernahme bislang gegenüber Lebenspartner*innen privilegiert) oder Kinder aus vorherigen Beziehungen in die Ehe „mitbringen“. In einer gleichgeschlechtlichen Ehe kann eine Frau ohne medizinische Assistenz schwanger geworden sein – ebenso wie in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe der Ehemann nicht zwingend der biologische Vater sein muss. Ob die eheliche Lebensgemeinschaft eine sexuelle Treuepflicht erfasst, ist mit Blick auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Ehepartner*innen – das sich in einer Ehe nicht einfach auflöst – höchst fraglich. Rechtlich werden Wege gefunden werden müssen, die mit Mehrelternschaften, Reproduktionstechnologien und auch dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umgehen – die gefundenen Lösungen können verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehepaare betreffen.

FALSCH, sagt MATTHIAS FRIEHE: Die Ehe ist dadurch gekennzeichnet, dass aus ihr regelmäßig *gemeinsame* Kinder hervorgehen. Das ist bei schwulen „Ehen“ ausgeschlossen und bei lesbischen „Ehen“ bisher ethisch umstrittene Medizin-Science-Fiction.

Gleichgeschlechtliche Paare mit biologischem Kinderwunsch sind daher auf so genannte „Co-Parenting-Modelle“ angewiesen, die bisher nicht näher rechtlich geregelt sind. Die Diskussionen um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verdeutlichen, dass Elternschaft nicht als von biologischen Tatsachen losgelöstes juristisches Konstrukt verstanden werden kann. Der Gesetzgeber darf daher nicht darüber hinweggehen, dass in gleichgeschlechtlichen „Ehen“ regelmäßig mindestens ein Partner nicht leibliches Elternteil ist. In dieser besonderen Situation halte ich es für denkbar, dass zwei Lebenspartner mit einem Dritten (Vater bzw. Mutter) Vereinbarungen treffen, die schon vor der Geburt eine Drei-Elternschaft der Beteiligten ermöglichen. Für Ehepaare scheidet eine solche Regelung indessen aus. Denn zur Ehe gehört die eheliche Treuepflicht. Wer diese wie *Dana Valentiner* ablehnt, lehnt in Wahrheit die Ehe als Institut insgesamt ab und sollte dann konsequent für die „Ehe für keinen“ anstatt für die „Ehe für alle“ streiten. Die rechtlich verabredete biologische Elternschaft eines Dritten ist weder mit der ehelichen Treuepflicht noch mit dem Zweibund-Prinzip vereinbar. Ausschließlich in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften kann vom strikten Zweibund-Prinzip abgewichen werden, weil dort die Zeugung von Nachkommen nicht ohne eine dritte Person möglich ist.

These 4: Ehe ist die auf Lebenszeit geschlossene Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau.

RICHTIG, sagt MATTHIAS FRIEHE: Als der Parlamentarische Rat die Ehe unter besonderen Schutz stellte, war dies der selbstverständliche Inhalt des Ehebegriffs. Wenn heute Art. 6 Abs. 1 GG wegen eines vermeintlichen gesellschaftlichen Wandels anders verstanden werden soll, dann steckt dahinter der durchschaubare Versuch, fehlende politische Mehrheiten für eine Verfassungsänderung mit umso größerem juristischen Scharfsinn wegzudiskutieren. Wenn der verfassungsrechtliche Ehebegriff aber dem Zeitgeist folgt, dann könnte der Gesetzgeber auch eine Vielehe oder eine zeitlich begrenzte Ehe regeln – eine Folge, welche die einen Befürworter der „Ehe für alle“ wohl als unvermeidbaren Kollateralschaden ihres Scharfsinns hinnehmen, während andere schon klammheimlich weiterdenken.

Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigt sich aber nicht nur in der Souveränität des pouvoir constituant. Keine Zukunft ohne Kinder – das bleibt de constitutione ferenda die Rechtfertigung für den besonderen Schutz, den das Grundgesetz Ehe und Familie angedeihen lässt. Zum Glück ist die soziale Realität nicht so freudlos wie mancher Versuch, den gemeinsamen Sex der Eheleute aus dem juristischen Ehebegriff zu streichen. Wer heiratet, will nicht nur wie in einer WG den Küchentisch, sondern auch das Bett miteinander teilen. Und wenn Mann und Frau, die sich lieben, das Bett miteinander teilen, dann kommt es erfahrungsgemäß öfter vor, dass sie alsbald nicht mehr zu zweit, sondern zu dritt sind: Aus der Ehe ist eine Familie geworden – mit aller Verantwortung, die den Eltern daraus erwächst: Die Ehe – sie ist ein auf Lebenszeit geschlossener Bund für eine wahre Lebensaufgabe von Frau und Mann.

FALSCH, sagt DANA VALENTINER: Die vorgetragene Ehe­definition ist in mehrfacher Hinsicht überholt. Zum Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit ist dieser Tage viel geschrieben worden. Herausheben möchte ich hier nur, dass bereits seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2008 Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Personen anerkannt werden. In der Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht das Ehe­losigkeitserfordernis als Voraussetzung im Transsexuellengesetz gekippt.

Zur Dauerhaftigkeit der Ehe: Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen, das sagt § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB. Aber sie wird auch geschieden, siehe §§ 1564 ff. BGB. Hm.

Zu guter Letzt: Die Ehe ist nicht zwingend, erst recht nicht exklusive, Geschlechtsgemeinschaft. Eine Rechtspflicht zum ehelichen Geschlechtsverkehr, wie sie in dem legendären BGH-Urteil aus dem Jahr 1966 noch angenommen wurde (*„Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, daß sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen läßt. Wenn es ihr [...] versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.“*), wird heute überwiegend abgelehnt – etwas anderes ist mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung auch nicht vereinbar.